

Responsabilidad extracontractual en el abordaje marítimo

José Luis Cendón Castro

Facultad de Derecho
Universidade de Vigo

Abstract

Las particularidades de la institución del abordaje en nuestro derecho interno, merecen ser estudiadas desde una comparativa con los principios del derecho general. Pese a las notas características que son propias del abordaje marítimo, su régimen de responsabilidad extracontractual parte de lo establecido en el artículo 1902 del Código Civil y se aparta de él cuando regula la culpa y la distribución de la indemnización por los daños en determinados supuestos, como pueden ser el abordaje por culpa común o el abordaje dudoso. Asimismo, la comparación debe ser hecha teniendo presente la normativa mercantil, pues la institución del abordaje se regula en nuestro Código de Comercio. Se estudiará también lo que establece el Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima, anteproyecto que se encuentra en tramitación parlamentaria y que de ser aprobado, derogará el Libro III del Código de Comercio vigente desde 1885.

The special features gathered in our domestic Law over vessel collision regulation, are worthy of being studied from a comparative view against the outline of the Common Law. Despite of these special features characteristically of the vessel collision, its extra-contractual liability regime stems from that established in the article 1902 of Civil Law and withdraws from it when it comes to governs guilt and distribution of indemnity for damage on specific circumstances, such as collision attributed to common guilt or doubtful collision. Likewise, the comparison should be effected bearing in mind the regulations on Company Law, since Vessel Collision is contemplated in our Commerce Code. A study on the regulations gathered on the draft of General Law for Sea Navigation, will be equally carried out. Should said draft pass the current parliamentary process is going thru at this moment, will abolish Book III of the Commerce Code, in force since 1885.

Title: Extra-contractual liability on vessel collision

Keywords: Admiralty Law; Collision Between Vessels; Tort Liability; Draft Bill on Sea Navigation

Palabras clave: abordaje marítimo; responsabilidad extracontractual; anteproyecto de la Ley General de la Navegación

Sumario

1. Consideraciones generales

2. Normativa aplicable

2.1. Derecho interno. Responsabilidad extracontractual por abordaje y la responsabilidad extracontractual en el Código Civil

a. Responsabilidad civil del naviero

b. La responsabilidad patrimonial y universal del deudor y la limitación de responsabilidad del naviero

c. La acción para reclamar la indemnización de los daños y perjuicios derivados del abordaje

d. Derecho general y derecho especial

2.2. Derecho uniforme y derecho comparado

3. La culpa

4. Supuestos de responsabilidad extracontractual y contractual

5. Bibliografía

1. Consideraciones generales

Ante la inexistencia de una definición del concepto jurídico de abordaje en nuestro derecho interno, podemos partir de la definición material o vulgar, según se deduce del art. 3.1 CC, que recoge el Diccionario de la Real Academia Española. Así, la acción de abordar consiste en un choque entre dos embarcaciones. La doctrina española es unánime al definir el abordaje como el “choque entre dos buques que cause daños”¹. Es preciso por lo tanto, que el choque produzca daños, pues el abordaje sin consecuencias patrimoniales carece de relevancia para el Derecho privado. Este vacío legal, a pesar de la importancia histórica de esta institución, ha sido colmado en buena medida por nuestra doctrina y jurisprudencia, lo cual no impide que se haga necesaria la delimitación jurídica del ámbito de la misma².

Se acepta de forma pacífica que la responsabilidad por los daños causados en un abordaje se fundamenta en los mismos criterios que establece el Derecho civil en lo relativo a la responsabilidad extracontractual. La producción de un daño cierto y existente, que produzca la lesión de la propiedad o de un patrimonio está basada en la culpa de quien lo haya causado. Esta última nota, la de la culpabilidad, está también presente en la evolución histórica de esta institución. Si bien en los *Roles o Juicios de Olerón*, verdaderas actas de jurisprudencia marítima recopiladas en la vertiente atlántica y norte de Europa durante el siglo XIII, parten de un sistema de responsabilidad objetiva al establecer el reparto de daños entre las naves intervinientes, nuestro *Libro del Consulado de Mar* retoma la responsabilidad basada en la culpa, propia del Derecho romano que aplicaba la *Lex Aquilia* a los supuestos de abordaje³. Ya en la Ordenanzas de la Marina de Colbert de 1681 y principalmente en la etapa codificadora del siglo XIX con el actual Código de Comercio español, el abordaje por culpa exclusiva se va a diferenciar del abordaje fortuito, en el que el daño recaerá sobre el propietario del bien perjudicado. Entonces, mientras

¹ Por todos, MARTÍN OSANTE (2001, p 24).

² Es preciso advertir que en este momento se encuentra en tramitación parlamentaria la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima, en adelante Anteproyecto, elaborada en el seno de la Sección Especial para la Reforma del Derecho de la Navegación de la Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Mercantil. Ante la previsibilidad de que se apruebe en la actual legislatura y dada su importancia histórica, puesto que deroga el actual Libro III del Código de Comercio, vigente desde 1885, haré las referencias oportunas al Anteproyecto. Pues bien, el mencionado Anteproyecto sí que recoge un concepto de abordaje en el art. 397.1: “Se entiende por abordaje el choque entre dos buques, embarcaciones o artefactos, del que resulten daños para alguno de ellos o para las cosas o personas embarcadas”. Se trata de una definición que recoge los elementos del abordaje señalados por la doctrina mayoritaria y por la jurisprudencia.

³ ZAMORA MANZANO (2000, p.83). Sobre el *Libro del Consulado de Mar*, se puede mencionar el Capítulo CC entre otros: “Cuando una nave haya fondeado la primera en puerto (...) todo navío que venga después debe anclar de manera que no cause daño al que ancló primero. Y si se lo causa, debe indemnizarlo y resarcirlo sin objeción alguna...” *Libro del Consulado de Mar*, 1955, traducción de Juan Ramón PARELLADA. Sobre los antecedentes históricos del abordaje, se pueden encontrar leyes remotísimas de las actuales. Así en el Código de Hammurabi, del siglo XVIII a.C., se establece que si el barco de un patrón de embarcación a remo aborda el barco de un patrón de embarcación a vela y lo hunde, aquel deberá restituir el barco siniestrado y todo lo perdido, previa declaración pública ante el dios del propietario del barco hundido de todo lo que haya perdido (XLIII 67-80).

no se demostrara el fortuito o la culpa exclusiva de uno de los navieros⁴, los daños serían soportados por ambos buques. Sucede, que en los casos de abordaje por culpa común y el abordaje de dudosa causa, sigue vigente en cierta medida el principio de solidaridad o de comunidad⁵, con lo cual, un sistema diverso al moderno de responsabilidad por culpa. El art. 1902 del CC considera la culpa y el dolo como elementos decisivos para que surja la obligación de reparar, es decir, que se requiere que en el comportamiento que causa el daño, se pueda encontrar culpa o negligencia y en el supuesto de que no sea así entramos en la irresponsabilidad propia del caso fortuito. Esto nos lleva a la consideración de la necesidad de revisar el sistema de responsabilidad por culpa en el abordaje a la vista de las concepciones modernas del Derecho de daños⁶.

De lo expuesto hasta el momento, deducimos que existe un sistema maritimista de responsabilidad y otro recogido como principio general. El sistema marítimo interno, establecido específicamente en los arts. 826 a 839 de nuestro CCom, recoge una normativa bajo el título específico *De los abordajes*, pudiendo considerarse que su aplicación conllevaría necesariamente la existencia de elementos mercantiles, esto es, sólo el buque como objeto de la actividad del empresario de la navegación marítima podría ser sujeto (ficción jurídica de la personificación del buque) de la normativa sobre abordaje recogida en el Código de Comercio. Y esta postura no es inadmisibles a la vista de la evolución de nuestro Derecho Marítimo. Así, la etapa codificadora del XIX supuso una ruptura con la concepción anterior en donde el Derecho Marítimo era un compendio de Derecho público y privado y la mercantilización plasmada en el *Code de Commerce*

⁴ Entendemos por naviero, la persona física o jurídica que, directamente o a través de sus dependientes, tiene la posesión y el poder de dirección náutica de la nave y la hace navegar en su propio nombre y bajo su responsabilidad.

⁵ Así, se puede poner los ejemplos de los arts. 827 y 828 de nuestro CCom, ambos enmarcados bajo la sección denominada *De los abordajes*. art. 827: si el abordaje fuese imputable a ambos buques, cada uno de ellos soportará su propio daño y ambos responderán solidariamente de los daños y perjuicios causados en sus cargos". Art. 828: "la disposición del artículo anterior es aplicable al caso en que no pueda determinarse cuál de los dos buques ha sido causante del daño, y las responsabilidades criminales a que hubiere lugar". Los daños serán soportados por ambos buques (cada uno los suyos o por mitades) y con una responsabilidad solidaria frente a terceros perjudicados (cargadores, pasajeros et.)

⁶ En este sentido, véase Díez-PICAZO y GULLÓN (2005, p. 539 y ss.). Díez-PICAZO concreta "se ha producido una progresiva deformación del concepto de culpa, hasta el punto de que hoy es posible hablar del confuso papel que esta idea desempeña como fundamento del deber de indemnizar. Manifiestamente, la deformación y la confusión son el resultado de la tendencia hacia el favorecimiento de las indemnizaciones (...) que ha comportado inevitablemente una ampliación de los contenidos de culpa". Díez-PICAZO (1999, p 235). También señala la tendencia del derecho de daños hacia la responsabilidad objetiva o por riesgo "...desde ahora puede decirse que la evolución moderna del Derecho de daños ha conducido a una tipificación que sólo puede ampliarse por vía legislativa. En esta última se puede observar además como los criterios de objetivización del riesgo con causas tasadas de exoneración no se producen en forma pura y que en las leyes más recientes culpa y riesgo aparecen entremezclados". Díez-PICAZO (1999, pp. 241 y 242). La presunción de culpa por la sola causación del daño, es manejada por nuestra jurisprudencia y junto con los supuestos de responsabilidad objetiva establecidos y la tendencia de protección de la garantía del resarcimiento del daño, hacen que hoy no pueda hablarse de que la culpa es el fundamento básico de la responsabilidad en el Derecho civil.

de 1807, influyó decisivamente en los nuestros de 1829 y el actual. Una de las consecuencias de este proceso es la unificación formal del Derecho Marítimo y el Derecho Mercantil, y en última instancia la sumisión a la jurisdicción civil.

Podría considerarse por lo tanto, que a los efectos del abordaje previsto en el Código de Comercio, el buque deberá estar destinado al ejercicio de actividades comerciales, básicamente al transporte de personas o cosas con fines lucrativos. Ante la falta de una definición del concepto de buque en nuestro CCom, acudimos a lo dispuesto en el art. 146 del Reglamento del Registro Mercantil⁷ que exige que la embarcación y los demás artefactos flotantes mencionados, puedan destinarse a la industria o comercio marítimos, con lo cual se excluiría del concepto de buque y por lo tanto de la aplicación de la normativa específica del abordaje contenida en el CCom a los supuestos en donde intervienen embarcaciones de recreo, buques científicos, buques de estado, pesqueros, buques destinados al salvamento, etc.⁸ Esta postura es seguida por una parte de la doctrina⁹.

Sin embargo, lo cierto es que la colisión entre dos buques no mercantes es tan similar a la colisión producida entre los mercantes, que resultaría una interpretación demasiado restrictiva la que sólo permitiera la aplicación de las normas de abordaje al supuesto de buques destinados a fines especulativos. El supuesto de hecho y el conflicto de intereses es tan semejante que reclaman la aplicación de las mismas soluciones. Debemos tener presente, que en la época de la promulgación de nuestro CCom, que coincide con la revolución de los buques de vapor, la introducción de la hélice y los cascos de acero, la navegación estaba estrechamente ligada al transporte de mercancías y personas por mar. Así, se hablaba de expedición marítima o aventura marítima con fines marcadamente comerciales. La navegación recreativa era escasamente conocida por no decir la científica o la destinada a otros usos. De esta forma, si utilizamos un criterio histórico-evolutivo de la norma¹⁰, sería posible integrar en la normativa vigente supuestos nuevos, acudiendo en este caso a la *analogía legis* sobre la base de identidad de razón. Hay que tener presente que la normativa marítima debe ser interpretada conforme a la realidad social actual porque así lo exige

⁷ Art. 146: “se reputarán buques, para los efectos del Código de Comercio y de este Reglamento, no sólo las embarcaciones destinadas a la navegación de cabotaje y altura, sino también los diques flotantes, pontones, dragas, gángiles y cualquier otro aparato flotante destinado o que pueda destinarse a servicios de la industria o comercio marítimo o fluvial”.

⁸ Esta enumeración de embarcaciones encajarían dentro de la definición de buque civil que facilita el art. 8 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, la cual no distingue entre buques oceanográficos, por ejemplo, y mercantes, ya que todos son considerados como buques civiles a los efectos de esta ley que es de naturaleza administrativa principalmente.

⁹ SÁNCHEZ CALERO (2004); MATILLA ALEGRE (1995); MARTÍNEZ JIMÉNEZ (1993, pp. 33 y 34). En sentido contrario, matiza MARTÍN OSANTE (2001, pp. 29, 30 y 31), “la destinación a servicios de la industria o comercio marítimo o fluvial a la que alude dicho precepto (art. 146 RRM.) es requerida únicamente a los aparatos flotantes y no a las embarcaciones destinadas a la navegación de cabotaje o altura, cuya condición de buque es independiente del tipo de actividad a la que sean destinadas”.

¹⁰ Sobre la metodología del derecho marítimo, ver el magnífico estudio de GONDRA ROMERO (1984, pp. 65 a 87).

el art. 3.1 del CC. También, dado el carácter especial del régimen jurídico del abordaje, sus normas se deberían aplicar con preferencia a los principios generales sobre responsabilidad extracontractual. Por lo tanto, los choques entre buques destinados al ejercicio de una navegación no comercial, como por ejemplo la colisión entre un yate y un buque oceanográfico, quedará sometido a lo dispuesto en el CCom en lo relativo al abordaje¹¹.

2. Normativa aplicable

La navegación, en la medida en que trasciende de las fronteras, requiere un régimen jurídico internacional. Esto es así no sólo por los conflictos de competencia sino también por los conflictos de leyes al existir grandes diferencias entre las normativas internas sobre abordaje entre los diferentes Estados. La vocación internacional del Derecho Marítimo supone que paralelamente a nuestro ordenamiento interno se tienda hacia una constante uniformidad principalmente bajo las convenciones internacionales y también a través del derecho de los formularios, que si bien no son fuente del derecho, sí lo son de las obligaciones. La materia del abordaje no es ajena a este proceso y así el esquema de responsabilidad extracontractual varía en función de la norma aplicable.

2.1. Derecho interno. Responsabilidad extracontractual por abordaje y la responsabilidad extracontractual del Código Civil

Existe acuerdo en la doctrina especializada a la hora de considerar que la normativa reguladora del abordaje marítimo vigente en el Código de Comercio instaura un régimen de responsabilidad extracontractual¹². La regulación legal del abordaje descansa sobre los principios de la culpa extracontractual, pues los regímenes de responsabilidad establecidos por los arts. 826 y ss del CCom¹³ y 1902 y ss del CC comparten rasgos esenciales. Ahora bien, la regulación del abordaje y

¹¹ En este sentido, la STS, 1ª, 17.3.2003 (Ar: 2750, MP: José Almagro Nosete), aplica las disposiciones del código de comercio en materia de abordaje al choque entre una embarcación deportiva y un buque pesquero. Del mismo modo, existen reiteradas resoluciones que someten la regulación específica del abordaje a los choques entre pesqueros: SSTS, 1ª, 13.6.1984 (Ar. 3237; MP: José María Gómez de la Bárcena y López), 24.4.1984, 24.4.1989, 6.10.1989, 22.2.1993 (Ar. 1219, MP: José Almagro Nosete); o entre buques pesqueros y mercantes: SAP Baleares, 22.11.2000. Por el contrario, nuestro Tribunal Supremo también se ha pronunciado en ocasiones a favor de la aplicación del art. 1902 a los abordajes marítimos como por ejemplo las SSTS, 1ª, 22.12.1986, 20.10.1970 y 27.5.1957.

¹² MARTÍN OSANTE (1999, pp. 129 y 130). RUIZ SOROA y MARTÍN OSANTE (2006, p. 45). GABALDÓN GARCÍA y RUIZ SOROA (2002, p. 636). PULIDO BEJINES (2003, p. 148). ARROYO (2005, p. 698). También contamos con jurisprudencia en este sentido; así la STS, 1ª, 17.4.1964, dispone que la responsabilidad del naviero por los daños y perjuicios derivados del abordaje marítimo se encuentra fundamentada en “ los principios civiles de la culpa aquiliana, como lo revela la armonía que existe entre el art. 826 del Código de Comercio y los 1902 y 1903, párrafo 4º del Código Civil”.

¹³ El art. 826 del Código de Comercio establece: “Si un buque abordase a otro, por culpa, negligencia o impericia del capitán, piloto u otro cualquiera individuo de la dotación, el naviero del buque abordador indemnizará los daños y perjuicios ocurridos, previa tasación pericial”.

el régimen de responsabilidad aquiliana del Derecho común difieren en algunos aspectos. Como se ha mencionado, según lo establecido en el Código Civil, el criterio de la culpa en sentido amplio, negligencia y dolo, es el fundamento para la exigencia de responsabilidad, de tal forma que si el autor es culpable será también responsable del daño aunque este fuera leve (*In lege Aquilia et levissima culpa venit*). El perjudicado deberá probar la existencia de culpa, puesto que el art. 1214 establece que la prueba incumbe al que la alega¹⁴. Por el contrario, el artículo 828 del CCom dispone que “la disposición del artículo anterior (referente al abordaje común y reproducido más arriba en la nota 4) es aplicable al caso de que no pueda determinarse cuál de los buques ha sido el causante del daño”. Por lo tanto, si existe duda sobre la causa del abordaje, se considera culpa bilateral y esto significa que mientras que no se pruebe el fortuito o la culpa, todo abordaje es dudoso y en principio, los armadores serán tratados como responsables solidarios¹⁵. Dicho de otra forma y en conexión con el CC, el artículo 828 CCom equipara el abordaje dudoso con el culposo común. Podemos apreciar la diferencia entre el régimen de responsabilidad que establece el Derecho común en donde existe la presunción de fortuito mientras no se demostrara la culpa del causante del daño y el del CCom donde la regla general salvo prueba en contrario es la presunción de culpa común.

En fin, la especialidad del régimen extracontractual del abordaje en nuestro derecho interno, se encuentra especialmente en la existencia de reglas específicas respecto a la incidencia de la culpa, en concreto, para el abordaje conceptuado como dudoso que lo reconduce a lo dispuesto para el abordaje por culpa común de ambos navíos. Partiendo de esta diferencia, nos encontramos con ciertas características propias del sistema marítimo que lo hacen diferente al régimen general, cuestión que tradicionalmente fue estudiada por la doctrina para demostrar las similitudes entre la regulación específica del abordaje marítimo y la regulación de la responsabilidad extracontractual en el Derecho común¹⁶.

¹⁴ ALBALADEJO (2002, p. 942 y 943) matiza: “probados por el perjudicado, el daño, el acto que lo produjo, el nexo de causalidad entre uno y otro, y que el acto lo realizó la otra parte, es decir, la autoría de ésta, se debe presumir (...) que aquella obró culpablemente. (...) El Tribunal Supremo en su jurisprudencia actual acoge esa opinión de que no es el perjudicado el que ha de probar que el acto de quien ocasionó el daño es culpable, sino que se presume que lo es, hasta que éste pruebe que no”.

¹⁵ En este sentido, la STS, 1ª, 6.10.1989 aplica el régimen de responsabilidad del abordaje culpable común ante la imposibilidad de atribuir la culpa de forma exclusiva a uno de los buques.

¹⁶ MARTÍN OSANTE (1999, p. 134) destaca la falta de identidad entre los dos sistemas: “únicamente en este sentido de mostrar la analogía que presentan ambas regulaciones, pero partiendo de la base de la falta de identidad absoluta entre ellas, puede ser útil el análisis comparativo de dichas normativas”.

a. Responsabilidad civil del naviero

El art. 1903 párrafo 4º del CC regula la responsabilidad del empresario respecto de los perjuicios causados por sus dependientes. La responsabilidad del empresario tiene como presupuesto indispensable una relación de dependencia entre él y su dependiente. El daño deberá haberse producido “en el servicio de los ramos en que estuvieren empleados, o con ocasión de sus funciones”. Por el contrario, la normativa específica del abordaje no establece la necesidad de que exista una relación de este tipo como presupuesto de la obligación de indemnizar del naviero.

Por otra parte, el art. 1903 requiere la concurrencia de culpa de los dependientes en la causación de los daños y perjuicios a terceros para hacer surgir la responsabilidad extracontractual del empresario¹⁷. Al contrario, el art. 826 del CCom alude expresamente a los miembros de la dotación como posibles causantes materiales, disponiendo que se requiere “la culpa, negligencia o impericia del capitán, piloto u otro cualquiera individuo de la dotación” en la causación del abordaje para que nazca la obligación del naviero de reparar los daños. El artículo recoge una enumeración de personas concretas cuya culpa en la causación del abordaje, hará responsable por los daños ocasionados al naviero del buque en que presten sus servicios, siendo posible interpretar la norma en el sentido de extender la aplicación de la misma a todas aquellas personas que reúnan la condición de dependientes del naviero¹⁸. Serían, por lo tanto, empleados dependientes del naviero que no forman parte de la dotación del buque, obligados a desempeñar sus funciones para conseguir el resultado en cuestión. Hablaríamos, por ejemplo, de las empresas encargadas de realizar reparaciones en el buque, estibadores, empresas de carga y descarga, etc.

b. La responsabilidad patrimonial y universal del deudor y la limitación de responsabilidad del naviero

El art. 1911 del CC determina que el deudor responde con todos sus bienes presentes y futuros para el cumplimiento de sus obligaciones; la regla general es la *restitutio in integrum*. Sin embargo, el principio tradicional del Derecho Marítimo para los daños derivados del abordaje culpable es el de limitación de responsabilidad. En nuestro ordenamiento interno el principio de limitación de responsabilidad del naviero no está recogido con carácter general. Se regulan tan sólo dos supuestos en el CCom: el del art. 837, que establece que la responsabilidad civil del naviero por abordaje se entiende limitada al valor del buque con todas sus pertenencias y fletes devengados en el viaje, y el del art. 587, en virtud del cual el naviero podrá hacer abandono del buque con todas sus pertenencias, y de los fletes que hubiera devengado en el viaje para hacer frente a las responsabilidades civiles en favor de tercero a que diere lugar la conducta del capitán respecto de la custodia de los efectos cargados en el buque. En sentido estricto, lo que recoge el art. 837 es más bien una limitación del importe de la deuda por el crédito surgido por el abordaje, que no

¹⁷ ALBALADEJO (2002, p. 514). En el mismo sentido Díez PICAZO y GULLÓN (2005, p. 567).

¹⁸ A favor de la interpretación extensiva están MARTÍNEZ JIMÉNEZ (199,3p. 36) y MARTÍN OSANTE (1999, p. 348) para quien el régimen de responsabilidad por abordaje del CCom constituye un reflejo del régimen común de responsabilidad extracontractual del principal por los actos de sus dependientes.

podrá superar la cifra que representa el valor del buque con sus pertenencias y fletes devengados.

Lo que ya resulta más dudoso es si en virtud de este artículo el naviero puede limitar su responsabilidad por los daños ocasionados por su propio comportamiento culposos, pues si la culpa es constitutiva de delito o falta, se exigiría la responsabilidad civil *ex delicto* por ser antijurídico el hecho que causa el daño. Sucede que de ser aplicables las disposiciones del Código Penal relativas a la responsabilidad civil *ex delicto* (art. 109 a 122), el beneficio de la limitación de responsabilidad del naviero desaparecería y con ella una de las particularidades del Derecho Marítimo. Precisamente en esta particularidad ven algunos autores el deslinde entre la normativa civil reguladora de la responsabilidad extracontractual y la normativa del abordaje prevista en el CCom, y consecuentemente, la aceptación de que los tribunales deberán aplicar el CCom en lugar de lo previsto en el CP o CC para determinar el régimen específico de la responsabilidad extracontractual por abordaje culposo¹⁹.

c. La acción para reclamar la indemnización de los daños y perjuicios derivados del abordaje

El plazo de prescripción de la acción para reclamar la indemnización de los daños y perjuicios derivados del abordaje marítimo es de dos años, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 953 del CCom. El cómputo se inicia desde la fecha en que se produjo el accidente marítimo, o desde la fecha en que finalizaron las diligencias penales en el caso de que se instruyan las mismas. Los arts. 835 y 953.2 del CCom requieren además las siguientes formalidades para el ejercicio de la acción: presentar dentro de las veinticuatro horas protesta o declaración ante la autoridad competente del punto en que tuviese lugar el abordaje, o la del primer puerto de arribada del buque, siendo en España, y ante el Consulado de España, si ocurre en el extranjero por parte del capitán perjudicado o quien lo sustituyere en sus funciones.

Por el contrario, el art. 1968.2 del CC establece un plazo de prescripción de un año, computándose desde que lo supo el agraviado. Asimismo, el ejercicio de la acción para exigir la responsabilidad extracontractual no se encuentra sometido a la práctica de formalidades previas de ningún tipo.

d. Derecho especial y Derecho general

Por todo lo dicho, resulta de interés concretar si el abordaje quedará sometido a la normativa de abordaje o a lo establecido en el régimen común. A la vista de nuestra jurisprudencia, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en ocasiones a favor de aplicar el régimen de responsabilidad de los arts. 1902 y 1903 del CC²⁰. Lo cierto es que la normativa de abordaje es, como venimos diciendo,

¹⁹ En todo caso, la responsabilidad extracontractual *ex delicto* por los abordajes dolosos quedarían disciplinados por el CP, MARTÍN OSANTE (1999, p. 179 y ss). A favor de la aplicación de la limitación de responsabilidad por actos culposos, también PULIDO BEJINES (2003, p. 212); RUIZ SOROA y MARTÍN OSANTE (2006, p. 78 y 79).

²⁰ En este sentido, SSTs, 1ª, 22.12.1986, 20.10.1970 y 27.5.1958.

de naturaleza especial y la recogida en el CC constituye los principios generales de responsabilidad extracontractual. Por lo tanto, y pese a jurisprudencia en contrario, la normativa reguladora de la responsabilidad por abordaje se aplicará preferentemente a la normativa del CC²¹.

2.2. Derecho uniforme y derecho comparado

El Comité Marítimo Internacional fue el encargado de elaborar el texto internacional sobre los abordajes en la mar que finalmente fue firmado en Bruselas el 23 de septiembre de 1910, pasando a denominarse Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de abordaje²², en adelante Convenio de Bruselas.

El régimen del Convenio de Bruselas se asimila al régimen civil de la responsabilidad extracontractual. La responsabilidad se fundamenta en la falta cometida (art. 3) y no existirá ninguna si el abordaje es fortuito o de causa indeterminable (art. 2). Se basa, por lo tanto, en la responsabilidad por culpa probada, sin que existan presunciones de culpa (art. 6) y en el supuesto de culpa común, la responsabilidad de cada uno de los buques será proporcional a la gravedad de las faltas cometidas respectivamente (art.4).

En lo referente a la relación entre la normativa sobre abordajes contenida en el CCom y la establecida en el Convenio de Bruselas²³, es necesario señalar que la ratificación del texto internacional realizada por España, no supuso la derogación de nuestra normativa interna, con lo cual no se produjo la sustitución del Derecho interno por el Derecho internacional. Por lo tanto nos encontramos con la coexistencia en nuestro país con dos regímenes diferentes en materia de abordaje en donde el tratamiento de la culpa difiere en ambos sistemas.

Parece que en el ámbito internacional, los países de nuestro entorno también han adoptado el régimen de responsabilidad que deriva exclusivamente del incumplimiento de la norma genérica de no causar daños a los demás (*alterum non laedere*)²⁴. Se considera que este sistema es el que mejor garantiza la equidad en el reparto de daños y el fortalecimiento del deber de diligencia en

²¹ PULIDO BEJINES (2003, p. 149), ARROYO (2005, p. 698), MARTÍN OSANTE (2001, p. 140 y 141).

²² España se adhirió al convenio el 17 de noviembre de 1923. En materia de abordajes, existen dos textos internacionales más ratificados por España, pero no van a ser objeto de este estudio, pues se refieren a cuestiones sobre competencia judicial y ley aplicable. Los textos son: Convenio de Bruselas de 10 de mayo de 1952, para la unificación de ciertas reglas relativas a la competencia civil en materia de abordajes, Convenio de Bruselas de 10 de mayo de 1952, para la unificación de ciertas reglas relativas a la competencia penal en materia de abordajes y otros accidentes de la navegación.

²³ Sobre el ámbito de aplicación del Convenio, véase art. 12 del mismo.

²⁴ Así, el *Codice della navigazione* (art. 482 a 488), *Handelsgesetzbuch* (secciones 187 a 190), *Meerchment Shipping Act* 1995 y Ley francesa de 1967 sobre los *événements de mer* en los arts. 1 y ss. Estos preceptos formulan la responsabilidad del naviero por abordaje obligándole a indemnizar los daños derivados de un abordaje causado por culpa de los miembros de la dotación o del buque.

la navegación, mientras que un sistema de responsabilidad objetiva podría atentar a principios básicos de equidad en los abordajes entre buques de muy distinto tonelaje²⁵.

3. *La culpa*

Conforme al régimen común de responsabilidad, son tres los elementos que fundamentan la existencia de responsabilidad en un caso concreto: la culpa generada por un comportamiento activo u omisivo, el daño y la relación de causalidad. Por lo tanto, para que surja la responsabilidad subjetiva del naviero, será preciso establecer la existencia de culpa por parte del buque, y que ella haya sido la causa eficiente del daño provocado en el otro buque. Cuando la ley y la doctrina hablan de culpa del buque, utiliza esta expresión sin ninguna trascendencia jurídica en el sentido de que el buque no es sujeto de derechos y obligaciones, por lo tanto no puede ser sujeto agente de un acto culposo o negligente.

Tampoco nos debe llevar a confusión la redacción del art. 826 al mencionar solamente a la dotación como responsables de la culpa y negligencia sin mencionar en ningún momento al propio naviero. El legislador pensaba como fuente de responsabilidad al personal embarcado por mantener directamente la gestión náutica del buque y por ser estadísticamente la causa más frecuente de abordaje. Ahora bien, la dotación presta sus servicios al naviero en virtud de un contrato de enrolamiento, con lo cual, es personal integrado en la empresa de navegación marítima.

La culpa deberá concurrir en alguna persona, bien sea la del naviero o la de sus dependientes, es decir, que en el fundamento culposo de la responsabilidad del naviero habrá que diferenciar el abordaje causado por actos ajenos a dicho naviero (responsabilidad indirecta) y el causado por actos propios del naviero (responsabilidad directa), siendo este último de escasa trascendencia en la práctica²⁶. Ciertamente, el naviero como titular de la explotación de buque, se integra en las sociedades navieras, que cuentan con una amplia estructura organizativa y las tareas o funciones a desempeñar son asignadas a diferentes dependientes y auxiliares, bien sean de tierra (departamentos de la empresa naviera, agentes, agencias de embarque, provisionistas, etc.) o de mar (dotación del buque²⁷). Ya no es posible equiparar la función del naviero mercante actual con el que pensaba nuestro legislador de la codificación, pues lo veía como la figura sobre la que

²⁵ RUIZ SOROA y MARTÍN OSANTE (2006, p. 51). MARTÍN OSANTE (2001, p. 129).

²⁶ Matiza MARTÍN OSANTE (2001, p. 305), “en la utilización de buques a través de pequeñas estructuras técnico organizativas (por ejemplo, buques de pesca o de recreo de proporciones reducidas utilizadas por una persona natural) podríamos encontrarnos con un naviero que interviniese materialmente en la utilización del buque y produjese con su conducta un abordaje”.

²⁷ Sobre la definición de la “dotación” véase el artículo 648 del Código de comercio. En nuestras palabras, puede decirse que la dotación está formada por todos aquellos trabajadores que prestan servicios a bordo en virtud de un contrato de enrole, incluido al capitán como vértice de la cadena de mando y como director técnico de la navegación.

recaía la condición de titular de la explotación, propietario del buque y de la gestión náutica y técnica de la nave. El capitán era naviero y a la vez propietario o copropietario del buque que gobernaba.

La actual estructura organizativa de la empresa naviera también nos ayudará a entender la posible vigencia del fundamento de la responsabilidad del naviero por los daños causados por actos ajenos, es decir, los actos de los dependientes marítimos o terrestres del naviero. En este sentido, la doctrina civilista ha acogido la teoría de la culpa *in eligendo* o *in vigilando* para fundamentar la responsabilidad civil del empresario cuando sus dependientes por él seleccionados causen daños en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, en el sistema marítimo actual, existen múltiples supuestos en los que no son los navieros quienes eligen personalmente a los miembros de la dotación. Nos referimos a la práctica habitual de contratación mediante agencias de embarque, *manning agents* o empresas de trabajo temporal, mediante las cuales la contratación de los dependientes es realizada por estas empresas a las que previamente el naviero ha encargado dicha tarea. Más difícil sería intentar imputar una culpa *in vigilando* al naviero por los actos de la dotación, pues el hecho autárquico de la navegación se traduce en un distanciamiento físico entre el buque y el naviero en tierra, con lo cual, se hace prácticamente imposible que el naviero pueda desempeñar una estrecha labor de vigilancia sobre la dotación que se encuentra en la mar. Sería difícil admitir, por lo tanto, que la responsabilidad extracontractual del naviero por abordaje causado por culpa de sus dependientes se fundamenta en la culpa *in eligendo* o *in vigilando*²⁸.

La culpa del art. 1902 no consiste sólo en la omisión de normas inexcusables por la común experiencia, sino también en no prever lo que pudo y debió ser previsto en la actividad normal del hombre medio. La culpa consistirá en la falta de diligencia del sujeto causante del daño siendo el patrón general de diligencia la de un buen padre de familia (art. 1104). Pero en función de las circunstancias de las personas, del tiempo, del lugar de los hechos y de la naturaleza de la obligación, podría esperarse un nivel de diligencia menor o mayor. Así, debemos considerar al tratar de la culpa náutica, que la labor del capitán, oficialidad y resto de la dotación del buque requiere de una formación eminentemente técnica del arte de la navegación, con lo que el grado en el cumplimiento de sus funciones debe estar relacionado con la diligencia esperable de un marino experimentado²⁹.

²⁸ No lo entiende así una parte de la doctrina, por todos GÓMEZ CALERO (1992), para quien la responsabilidad del empresario de la navegación marítima se fundamenta en línea doctrinal general del art. 1903.4 y 6 del CC relativa a la responsabilidad del empresario en general, cuyo fundamento se encuentra en la culpa *in eligendo* o *in vigilando*. En sentido contrario, MARTÍN OSANTE (2001, pp. 239, 258 y 473), para quien la responsabilidad extracontractual del naviero causada por la actuación culposa de sus dependientes es una responsabilidad vicaria, en la medida en que los daños imputados objetivamente al naviero son causados materialmente por culpa de sus dependientes MARTÍN OSANTE (2001, p. 271 y ss.).

²⁹ El Reglamento internacional para prevenir los abordajes en la mar de 1972, ratificado por España en 1974 (con las enmiendas aprobadas el 19 de noviembre de 2001 y 29 de noviembre de 2001, ver BOE nº 36 de 11 de febrero de 2003) dice en su artículo 2 a), “ninguna disposición del presente Reglamento eximirá a un buque, o a su propietario, al Capitán o a la dotación del mismo, de las consecuencias de cualquier negligencia en el

Puede aceptarse que la culpa surge normalmente como consecuencia de la infracción de las normas en materia de navegación. Si bien con carácter general se deben respetar las normas del Reglamento internacional para prevenir los abordajes en la mar de 1972, que es de por sí un verdadero conjunto de normas que establecen como se debe navegar en la mar, es preciso destacar que existen muchas reglas de carácter local utilizadas en determinados puertos, canales, pasos estrechos etc. que también deberán ser respetadas. Pero no sólo existe culpa cuando se haya infringido la normativa, sino que con carácter general, se puede afirmar que la culpa surge como consecuencia de haberse llevado a cabo una navegación negligente. La negligencia puede derivar de una acción incorrecta del capitán en la ejecución de alguna maniobra, la de no mantener una vigilancia adecuada o por no aminorar la velocidad en lugares y situaciones de peligro³⁰. Por ello puede afirmarse que la culpa o negligencia aparecerá siempre que no se actúe con la diligencia de un marino experto.

Para concretar si se ha actuado con la diligencia de un marino experto, por lo tanto, no sólo habrá que concretar si el capitán y su dotación han cumplido con la normativa de navegación, sino que también habrá que estar a las circunstancias que concurrieron en el abordaje. GAMECHOGOICOECHEA, uno de los tratadistas clásicos del Derecho Marítimo, escribe al respecto “el art. 1902 del Código Civil exige, en términos generales, la condición de la culpa o negligencia en el causante del daño para quedar obligado a repararlo (...) pero cuando el Capitán, en el puente de mando luchando a brazo partido con el temporal o envuelto en una densa niebla, más peligrosa para el navegante que las borrascas, oyendo a la vez la pitada de un barco por la proa, otra por la amura de babor, otra por la aleta de estribor, cuyas orientaciones y distancias le es imposible apreciar exactamente (...) cuando en ese momento comprometido u otro análogo que no le da tiempo para reflexionar con serenidad, se decide a realizar una maniobra que él estima la más acertada... ¿hemos de calificar esa maniobra, aun considerándola después equivocada, como falta digna de sanción?. De ningún modo, ya que en el acto ejecutado por el capitán no se encuentra ningún vestigio de culpa, de negligencia, de impericia ni de descuido”³¹.

Salvando algunas de las situaciones que describe por considerarlas hoy ya superadas pues los riesgos en la navegación han disminuido gracias a la continua introducción de la tecnología en los buques, la elocuente descripción plantea que la diversidad de situaciones que pueden rodear al abordaje deben ser también valoradas. Por todo, la culpa y la negligencia consistirá en no actuar con el cuidado exigible a un buen marino competente, sin que pueda exigirse un grado de cuidado superior al ordinario, debiendo valorarse siempre las circunstancias que incidieron en el

cumplimiento de este Reglamento o de negligencia en observar cualquier precaución que pudiera exigir la práctica normal del marino a las circunstancias especiales del caso”.

³⁰ En este sentido, la STS de 16 de mayo de 1916 afirma que pese a que el buque demandado cumplía con todas las prescripciones reglamentarias, fue negligente por no mantener una vigilancia adecuada y por no considerar todos los peligros que suponen las salidas de los puertos.

³¹ GAMECHOGOICOECHEA Y ALEGRÍA (1941, p. 409).

abordaje. Es más, bastaría con incumplir aquello que conforme a la buena práctica marinera debió haberse realizado para incurrir en culpa³².

Así, se suele poner como ejemplo la denominada regla de la maniobra del último momento – regla bien conocida en la jurisprudencia anglosajona y denominada por todos *in the agony of the collision* – en los supuestos de abordaje por culpa común. En virtud de la misma, no existe culpa si se ordenó una maniobra incorrecta generadora de un abordaje en una situación en la que el capitán no tenía tiempo para reflexionar, sobre todo cuando la situación de abordaje ha sido causada por la previa negligencia del otro buque; se exculpa de responsabilidad al capitán del buque bajo el argumento de que no puede exigirse un patrón de comportamiento que exceda del de un marino competente colocado en iguales circunstancias.

Por otra parte, y al margen de la responsabilidad surgida por una incorrecta maniobra navegatoria, el siniestro también podrá manifestarse como consecuencia de una deficiencia en la conservación y mantenimiento del buque, pertrechos, equipos, etc.³³ Nos referimos a lo que la normativa marítima exige para que se pueda garantizar la navegabilidad del buque al inicio y durante el viaje³⁴. Por navegabilidad del buque se alude a la obligación del naviero -obligación recogida principalmente en los contratos de transporte y fletamento - de verificar que el casco del buque se encuentre en buen estado para afrontar la navegación marítima en condiciones de seguridad y adecuadamente armado pertrechado y equipado. En tal caso, existirá una clara responsabilidad del naviero, tanto si la falta es realizada por sus dependiente como por independientes que colaboran con él (por ejemplo, consignatarios, empresas de mantenimiento e ingeniería naval, etc.), pues es el naviero quien antes del inicio del viaje marítimo asume las obligaciones de mantener el buque en buenas condiciones para navegar, pudiendo exculparse de responsabilidad si empleando la exigencia exigible a un cuidadoso armador no pudo descubrir el efecto latente de la cosa. Es necesario destacar que tanto para el abordaje por culpa unilateral como para el causado por culpa común y para el dudoso “quedan a salvo la acción civil del naviero contra el causante del daño, y las responsabilidades criminales a que hubiere lugar” (art. 829 del CCom).

³² Autores como ARROYO (1982, p. 8) y MARTÍN OSANTE (2001, p. 333), se refieren a la interpretación flexible del Reglamento internacional para prevenir los abordajes en la mar de 1972 para aprobar la acción del capitán que, aun infringiendo lo dispuesto en el Reglamento, actuó con la diligencia de un buen marino para prevenir el abordaje.

³³ Véase la STS, 1ª, 31.5.1982 (Ar. 2610; MP: José Luis Albácar López), en donde la culpa pudiera recaer sobre el naviero por la caída de velocidad de la nave debida a la falta de cambio o de limpieza del filtro de aceite. En el mismo sentido, véanse STS, 1ª, 31.5. 1985 y SAT Santa Cruz de Tenerife, 12.3.1980.

³⁴ Además de los artículos 610.5, 610.6 y 612.4 del CCom que obligan al capitán a realizar comprobaciones de estanqueidad, aparejos, pertrechos y máquinas en condiciones para garantizar una buena navegación, existe una extensa normativa administrativa nacional e internacional para tal fin. A modo de ejemplo, el RD 1661/1982, de 25 de junio, sobre la aplicación a todos los buques y embarcaciones mercantes nacionales de los preceptos del Convenio internacional para la seguridad de la vida humana en la mar. o la exigencia del certificado de navegabilidad del buque por el RD 1027/1989, de 28 de julio, sobre abanderamiento, matriculación de buques y registro marítimo.

En el *abordaje por culpa unilateral*, el naviero del buque culpable deberá indemnizar los daños y perjuicios causados tanto a las cosas como a las personas. Así, el art. 826 del CCom. establece que existe abordaje por culpa unilateral cuando uno de ellos aborda a otro por culpa, negligencia o impericia del capitán, piloto u otro individuo cualquiera de la dotación del buque abordador. Además de la presente disposición general, el CCom recoge dos supuestos específicos de abordaje culpable unilateral: el causado por un tercer buque cuya conducta obliga a otros dos buques a colisionar entre sí (art. 831 CCom) y el causado por culpa del práctico (art.834 CCom).

Si la colisión entre los buques es causada por culpa de dos o más de los buques implicados, será considerada como un *abordaje por culpa bilateral o por culpa común*. Así, el art. 827 del CCom lo considera como “imputable a ambos buques” y el art. 4 del Convenio de Bruselas, coincidente a grandes rasgos con nuestro Código, habla de concurrencia de “falta común” de ambos buques. Es necesario que ambas culpas hayan tenido eficacia causativa en el siniestro pues si tan sólo uno de los buques hubiera realizado una acción negligente o culpable que hubiese causado el accidente, estaríamos ante un supuesto de abordaje por culpa unilateral. Nuestro ordenamiento dispone un sistema mixto de responsabilidad debiendo distinguirse entre los daños causados al buque y los causados a sus cargos; según dispone el art. 827, si el abordaje fuera imputable a ambos buques, cada uno de ellos soportará sus propios daños y ambos responderán solidariamente de los daños y perjuicios causados en sus cargos. Dicho de otra manera, no existe obligación de indemnizar los daños causados en los buques en el supuesto de abordaje por culpa bilateral³⁵.

Las reglas generales sobre la carga de la prueba establecen la necesidad de que el perjudicado por el hecho dañoso, demuestre la relación de causalidad entre el daño y la conducta del imputado (art. 1214) salvo en los casos en que exista presunción legal de culpabilidad³⁶. La existencia de

³⁵ ARROYO (1982, p. 11).

³⁶ Al respecto, “ha sido frecuente encontrar afirmaciones de que en ciertos casos de abordaje (tales como el ocurrido entre un buque en movimiento y otro fondeado, o entre uno de propulsión mecánica y otro a vela, o entre un buque que alcanza a otro y el alcanzado, etc.) existe una presunción de que uno de ellos es culpable mientras que no se demuestre lo contrario (...). Esta presunción debe rechazarse con carácter general”. RUIZ SOROA y MARTÍN OSANTE (2006, p. 64). Recordamos que el art. 6.2 del Convenio de Bruselas prohíbe establecer presunciones de culpa. En todo caso, existe una tendencia de nuestra jurisprudencia que presume que el acto de quien ocasionó el daño, es también culpable, hasta que se pruebe que no. Así, las SSTS, 1ª, 8.11.1999, 14.11.1999 y 13.10.2000 entre otras muchas. La STS, 1ª, 21.5.1976, señala que la vejez de un buque no puede tomarse como causa del abordaje, pues no existe relación causal alguna entre dicha circunstancia y el acto de colisión producido. PULIDO BEGINES (2003), considera que en este caso, el Tribunal no optó por una presunción de culpabilidad. Añade “en nuestro país, sin embargo, la jurisprudencia no ha mostrado esta tendencia hacia el establecimiento de presunciones de culpabilidad, antes bien, se muestra reticente al respecto” PULIDO BEGINES (2003, p. 161). En el mismo sentido MARTÍNEZ JIMÉNEZ (1993, p. 39). Con nuestra nota a pie de página nº 13. Sin embargo, consideramos que no lo son pues las presunciones de culpabilidad deben establecerse en la ley, en caso contrario serían presunciones judiciales de causalidad entre la infracción y el daño. Así, el último párrafo del artículo 1903 y el 1905 del Código Civil o el artículo 828 del Código de Comercio son ejemplos de presunciones legales de culpabilidad. Añade ALBALADEJO, “en mi opinión, debe estimarse que las supuestas presunciones de culpabilidad no son realmente presunciones de culpabilidad en el sentido de que el acto realizado (así, falta de vigilancia) se presuma que lo fue por culpa del agente, sino presunciones de culpabilidad en sentido de que se estima que

culpa no es suficiente para atribuir responsabilidad si tal culpa no ha sido la causante del daño (*culpa sine effectu*)³⁷.

Ambas culpas se consideran la causa del daño y éste no es divisible en menor o mayor medida a cada una de ellas. Esta solución que plantea nuestro CCom también era la seguida por la mayoría de las legislaciones europeas contemporáneas al nuestro³⁸ y se justificaban en la idea de que resultaría imposible precisar aisladamente la relación de causalidad entre la culpa de uno de los buques y los daños causados, ya que dicha precisión requeriría tener en cuenta, al mismo tiempo, la culpa del otro buque interviniente en el abordaje³⁹.

Nuestra doctrina civilista es unánime al afirmar que partiendo de la premisa de que nuestro sistema de responsabilidad extracontractual está basado en la culpa y así el que haya causado el daño deberá indemnizarlo, entonces intuitivamente parece que deberán soportar cada uno de los perjudicados la parte del daño que le corresponde en proporción a la gravedad de la culpa⁴⁰. Por el contrario, un sistema basado en la responsabilidad por los daños causados por cada uno de los buques, es decir, atendiendo a la relación de causalidad entre la culpa de cada buque y los daños causados por cada uno de ellos, se puede considerar como menos justo puesto que la proporción de la reparación del daño no se identifica con la proporción de la culpa. Concluimos, por lo tanto, que el régimen jurídico previsto por el art. 827 CCom constituye una quiebra del principio de la responsabilidad extracontractual por culpa adoptado por nuestro ordenamiento, ya que de la culpa común de ambos buques implicados en el abordaje no nace responsabilidad alguna. En este sentido, la mayoría de la doctrina maritimista es muy crítica respecto al sistema que plantea el art. 827 de nuestro Código⁴¹ y según la opinión generalizada, esta norma, además de suponer una excepción a la regla general vigente de la responsabilidad por la propia culpa, estaría desfasada, pues responde a una etapa arcaica del Derecho Marítimo.

determinada persona realizó cierto acto (falta de vigilancia); o sea, no son presunciones de culpa, sino de *autoría o imputabilidad*". ALBALADEJO (2002, p. 942).

³⁷ Casos *The Estrella*, 1977, 2, *Lloyd's Report* 525 y *The Geminar*, 1977, 2, *Lloyd's Report* 17: pese que uno de los buques cometió una infracción, ésta no fue la adecuada para provocar el abordaje sino una infracción posterior cometida por el otro. El tribunal no presumió culpa en el abordaje por el que primero cometió la infracción.

³⁸ En este sentido, el Código alemán de 1861 en su artículo 737, el artículo 662 del Código italiano de 1882 y el holandés de 1838 en su art. 535.

³⁹ RUIZ SOROA y MARTÍN OSANTE (2006, p. 70). MARTÍN OSANTE (2001, p. 421).

⁴⁰ ALBALADEJO (2002, p. 934), DIEZ-PICAZO y GULLON (2005, p. 553). DIEZ-PIZACO (1999, pp. 366 y 367). También la jurisprudencia ha consagrado con carácter general, la solución del reparto del daño entre sus causantes, según la culpa de cada uno. A modo de ejemplo, SSTs, 1ª, 18.9.1998, 26.9.1998, 2.11.1999 y 14.11.2000.

⁴¹ SÁNCHEZ CALERO (2004, p. 533). PULIDO BEGINES (2003, p. 166). MARTÍN OSANTE (2001, p. 423). GABALDÓN GARCÍA y RUIZ SOROA (2002, p. 637). MARTÍNEZ JIMÉNEZ (1993, p. 53).

Por otro lado, en relación a los daños producidos en los cargos de los buques afectados, el CCom establece la responsabilidad solidaria de ambos buques, sin atender al grado de participación de cada uno de ellos en el accidente. Esta solución, que difiere de lo establecido en el art. 4.2 del Convenio de Bruselas al prohibir la solidaridad respecto a terceros, presenta ventajas para los cargadores afectados por los daños, puesto que ante el riesgo de insolvencia de uno de los navieros, la responsabilidad se desplaza sobre los demás corresponsables. Pese a esta ventaja para los cargadores, la norma no regula la proporción en la que deben soportar la responsabilidad los distintos culpables solidarios, con lo cual, habrá que estar a lo establecido en el derecho general, concretamente los art. 1138 y 1145 del CC que regulan las obligaciones mancomunadas y solidarias, por lo que los daños deberán repartirse por partes iguales entre todos los deudores, con independencia de la gravedad de las culpas de cada uno de ellos.

Como venimos diciendo, nuestra interpretación del art. 828 del CCom destaca la presunción de culpabilidad para los supuestos de *abordajes dudosos* pues en caso de que no pueda determinarse cuál de los dos buques ha sido el causante del daño, será aplicable el régimen del abordaje por culpa común. El abordaje dudoso se basa en la incertidumbre en la causa de la colisión o de la identidad del culpable⁴², con lo cual, si atendemos a la complejidad que suelen tener este tipo de siniestros, estamos en condiciones de afirmar que todos los abordajes son *a priori* dudosos y por lo tanto ambos culpables⁴³. Por lo tanto, para evitar el régimen previsto en el art. 827 el naviero deberá probar la concurrencia de fortuito, fuerza mayor, culpa exclusiva del otro buque o de un tercero, o del despliegue de un comportamiento diligente del naviero y de sus dependientes para evitar el choque.

El derecho uniforme sigue el sistema reproducido en el derecho comparado. De esta manera, el artículo 2 que se refiere expresamente a las “dudas sobre la causa del abordaje”, equipara las consecuencias del abordaje dudoso a las del fortuito. Por consiguiente, el demandante deberá demostrar el daño sufrido, la culpa del buque implicado y la relación de causalidad entre la culpa y el siniestro.

Si atendemos a lo recogido en el Anteproyecto español, el sistema que establece es el de responsabilidad por culpa, prohibiendo las presunciones de culpa y operando las reglas generales de responsabilidad extracontractual, esto es, cada parte responde de su propia culpa probada. De esta manera, se recoge el principio establecido en el Convenio de Bruselas. El abordaje por culpa común, peculiaridad que como venimos diciendo es característica de nuestro derecho interno, lo recoge el Anteproyecto en los art. 399 y 400 con una definición que se aparte notablemente del art. 827 del CCom. Así, en caso de abordaje causado por culpa compartida por ambos buques, la responsabilidad se graduará en proporción al grado de culpa atribuido a cada buque.

⁴² PULIDO BEGINES (2003, p. 175), RUIZ SOROA y MARTÍN OSANTE (2006, p. 81).

⁴³ Nótese que los abordajes dudosos son tratados en el derecho comparado como fortuito. Así, el *Codice della Navigazione* artículo 482, Ley francesa 4^o.1, *Handelsgesetzbuch* alemán artículo 736-1^o y la *Maritime Shipping Act* de 1995 sct. 187 (2).

El Anteproyecto da también respuesta a las situaciones donde el abordaje por culpa común causa daños a los cargamentos de terceros transportados en los buques accidentados. En este punto, el art. 400 se aparta de lo dispuesto en el Convenio de Bruselas, que prohibía la solidaridad, para establecer la regla contraria: ambos navieros son solidariamente responsables en los casos de abordaje por culpa compartida con respecto a los daños sufridos por terceros. Ahora bien, el naviero que haya abonado una indemnización en virtud de dicha solidaridad gozará del derecho de regreso contra el otro naviero en proporción al grado de culpa de su buque.

En lo referente al *abordaje fortuito*, el art. 402 del Anteproyecto no se aparta sustancialmente del 830 del CCom, si bien este último hace además una referencia expresa a la fuerza mayor con idénticas consecuencias jurídicas que para el abordaje fortuito. Lo cierto es que nuestro Código de Comercio utiliza indistintamente ambas expresiones para referirse a un único supuesto: la existencia de una causa de exoneración⁴⁴. Si el abordaje se debiera por causas fortuitas o desconocidas cada perjudicado deberá soportar el daño sufrido, no existiendo por tanto, ninguna obligación de indemnizar.

En conclusión, para el Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima sólo hay dos clases de abordaje: el culpable y el fortuito. Se acerca sustancialmente a la normativa de derecho uniforme y al régimen de derecho común de los arts. 1902 y 1903 sobre responsabilidad extracontractual, con lo cual, de entrar en vigor, nuestro régimen interno sobre abordaje perdería su principal singularidad.

4. Supuestos de responsabilidad extracontractual y contractual

En los accidentes por abordaje es frecuente que los daños producidos por la colisión afecten no solamente a la propia estructura de los buques sino también a las posibles cargas que se transportan en ellos o a las lesiones personales causadas en el supuesto de que transporte pasaje. En este caso nos encontraríamos con perjudicados que están relacionados con la persona responsable del accidente mediante un vínculo contractual y se plantea la duda de si las normas sobre responsabilidad extracontractual deben prevalecer respecto a las obligaciones anteriores nacidas entre el porteador y el cargador o en su caso, entre el transportista y el pasajero, o si por el contrario, se debe iniciar la acción por incumplimiento defectuoso del contrato. A diferencia de lo que sucede en el derecho uniforme y en el comparado, en nuestro derecho interno no existe ningún precepto que determine el ámbito de aplicación de las reglas de responsabilidad extracontractual por abordaje, por lo tanto deberemos recurrir a las reglas generales sobre la materia.

Sucede que nuestra doctrina civilista no es pacífica en este punto. Se plantea la cuestión de si la infracción de las normas reguladoras de la obligación contractual excluye la aplicabilidad de la normativa extracontractual. Puede suceder que las normas reguladoras de la responsabilidad

⁴⁴ GABALDÓN GARCÍA y RUIZ SOROA (2002, p. 639).

extracontractual y las reguladoras de la responsabilidad contractual concurren en la fundamentación de una única pretensión, esto es, la del resarcimiento de los daños y perjuicios, o si por el contrario, partiendo de la existencia de dos pretensiones jurídicas diferentes y autónomas entre sí, el demandante perjudicado pueda elegir cualquiera de las dos vías. Hablaríamos entonces de la teoría del “concurso de normas”, “teoría de la opción” o del “concurso de pretensiones”, o de las “teorías de la no posibilidad de opción” también llamada “concurso determinante del desplazamiento de normas”⁴⁵.

La solución adoptada por el sector mayoritario de la doctrina maritimista, consiste en que la aplicabilidad de las normas sobre responsabilidad contractual excluye las disposiciones sobre responsabilidad extracontractual en el abordaje marítimo⁴⁶. Por el contrario, nuestro Tribunal Supremo, ante determinados supuestos de abordaje, se ha posicionado en contra del desplazamiento de la aplicación de la normativa reguladora de la responsabilidad extracontractual, cuando dicho abordaje constituyese un incumplimiento o cumplimiento defectuoso de una relación contractual previa⁴⁷.

⁴⁵ Para DIEZ-PICAZO, “en nuestra opinión, la única manera correcta de resolver el problema de la concurrencia de las normas de responsabilidad contractual y extracontractual, es considerar que siempre que entre las partes existe una relación contractual y el daño es consecuencia del incumplimiento defectuoso o del incumplimiento de cualquiera de los deberes contractuales que de dicha relación derivan (...) la responsabilidad es de carácter contractual y los tribunales deben declararlo así haciendo uso en lo necesario de la regla *iura novit curia*.”. DIEZ-PICAZO (1999, p. 268). Se adopta como criterio de distinción entre responsabilidad extracontractual y contractual la determinación de si el daño causado constituye la infracción de una relación obligatoria previa entre dañante y dañado. Si efectivamente es así, la responsabilidad será contractual y si el acto dañoso constituye un quebrantamiento de la norma genérica de no causar daños a los demás, será aplicable el régimen de responsabilidad extracontractual. La “teoría de la opción” o del “concurso de pretensiones” defiende que el demandante puede elegir la vía contractual o extracontractual para reclamar la reparación del daño y la “teoría de la no posibilidad de opción” considera que la normativa contractual tiene un carácter especial y por consiguiente, excluye la aplicación de la normativa de responsabilidad extracontractual. Cfr. PANTALEÓN (1995, p. 1370). Destaca PULIDO BEGINES (2003) “... la existencia de posiciones doctrinales completamente contrapuestas en relación al problema de la concurrencia de responsabilidades contractuales y extracontractuales, todas ellas sustentadas en sólidos argumentos y respaldadas por doctrina jurisprudencial, por lo que cualquiera de las soluciones que se apliquen podrán ser combatidas desde otros puntos de vista”. PULIDO BEGINES (2003, p. 155).

⁴⁶ PULIDO BEGINES (2003, p. 155). RUIZ SOROA y MARTÍN OSANTE (2006, p. 57). ARROYO (2005, pp. 12 y 13). MARTÍN OSANTE (1999, pp. 241 a 244). MARTÍN OSANTE (2001, p. 168). En contrario, véase GÓMEZ CALERO (1992, pp. 72 y 73), para quien el demandante podrá optar por una u otra vía en base a que ambas normativas fundamentan una pretensión única.

⁴⁷ Además de la STS, 1ª, 22.7.1997 (Ar. 6156; MP: Xavier O’Callaghan Muñoz) que se comentará a continuación, la STS, 1ª, 31.5.1982 es otro ejemplo de la aplicación del régimen de responsabilidad extracontractual por abordaje marítimo en el que resultó lesionado en el accidente uno de los pasajeros de la lancha culpable, pese a la existencia de un contrato previo de pasaje. Esta es, por lo tanto, la tesis adoptada por nuestro Tribunal Supremo aunque nos podamos encontrar sentencias aisladas que fundamentan la pretensión en la vía contractual, como por ejemplo la STS, 1ª, 13.6.1984 (Ar. 3237; MP: José María Gómez de la Bárcena y López).

A nuestro parecer, se debe respetar la voluntad de las partes que celebraron el contrato, bien fuera el de pasaje, transporte de mercancías etc. puesto que llevaron a cabo su particular distribución del riesgo precisamente para apartarse de la normativa extracontractual. Tomemos, por ejemplo, nuestra Ley de Transporte Marítimo de 1949 que incorpora a nuestro derecho interno las Reglas de la Haya – Visby de 1924 sobre unificación de conocimientos de embarque. Esta ley nos da a entender que la responsabilidad del porteador surge cuando, por incumplimiento de sus obligaciones que derivan de un contrato de transporte marítimo de mercancías, se causa daños a las mismas. Así, habla de pérdidas, averías o daños sufridos por las mercancías (artículo 6). El porteador se obliga a transportar las mercancías en buen estado de un lugar a otro y se generaría incumplimiento cuando el porteador entregue las mercancías transportadas en mal estado o sufrieran una pérdida total.

No lo entendió así el Tribunal Supremo en STS, 1ª, 22.7.1997 (Ar. 6156; MP: Xavier O’Callaghan Muñoz) relativa a un abordaje marítimo causado por la culpa común de ambos buques, del que derivaron daños a las mercancías transportadas a bordo de uno de ellos. El Tribunal resolvió el problema de la supuesta concurrencia de responsabilidades en un mismo abordaje, considerando que la responsabilidad derivada del accidente era de naturaleza extracontractual puesto que el hecho dañoso acontece fuera de la *rigurosa órbita de lo pactado*⁴⁸. Según su argumentación, para que opere la exclusión de la responsabilidad extracontractual, además de existir ese contrato de transporte marítimo entre las partes, el abordaje marítimo debe acontecer *dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo normal del contenido negocial*. Partiendo de esta premisa, el Tribunal debería argumentar por qué los daños producidos por el accidente quedan fuera de *la rigurosa órbita de lo pactado*, cuestión que dejó sin concretar eludiendo la aplicación de la disciplina contractual sin fundamentar los criterios por los cuales debería hacerse. Lo cierto es que los hechos dañosos constituyeron una infracción contractual evidente pues los daños y perjuicios causados a las mercancías se producen en ejecución de la prestación de transporte y generan una responsabilidad de carácter contractual excluyente de la responsabilidad extracontractual. La cuestión de optar por una u otra vía, tiene consecuencias en la práctica radicalmente opuestas; en el caso que tratamos, si el Alto Tribunal optara por aplicar la normativa contractual por infracción del contrato de transporte marítimo, el porteador podría quedar exonerado de responsabilidad en caso de que concurriera culpa náutica de la tripulación del buque porteador (art. 8.a de la Ley de Transporte Marítimo; art. 4.a de la Reglas de la Haya – Visby).

5. Bibliografía

AA.VV. *Jornadas sobre la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima*. Asociación Española de Derecho Marítimo, coordinados por Ignacio Arroyo, 2005.

Manuel ALBALADEJO (2002), *Derecho Civil, Derecho de Obligaciones II*.

⁴⁸ Fundamento de Derecho Segundo. Sobre el contenido del mismo, véase la crítica de PULIDO BEGINES (2003, p. 154), MARTÍN OSANTE (1999, pp. 255 y ss.).

Ignacio ARROYO (2005), *Curso de Derecho Marítimo*.

- - *Convenios Internacionales y Derecho interno (Referencia especial a la limitación de responsabilidad por abordaje)* en *Anuario de Derecho Marítimo* II, 1982.

Luis DIEZ – PICAZO y Antonio GULLÓN(2005), *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II.

Luis DIEZ – PICAZO (1999), *Derecho de daños*.

José Luis GABALDÓN GARCÍA y José María RUIZ SOROA (2002), *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*.

Francisco GAMECHOGOICOECHEA Y ALEGRÍA (1941), *Tratado de Derecho Marítimo Español*, Tomo tercero, *accidentes marítimos*.

J. GÓMEZ CALERO (1992), *Derecho de las averías y de los accidentes marítimos*.

José María GONDRA ROMERO (1984), *La labor del intérprete ante el derecho marítimo*, en el Boletín de la Asociación Española de Derecho Marítimo, nº 3, pp. 65 a 87.

José Manuel MARTÍN OSANTE (1999), “La supuesta concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en un mismo abordaje marítimo”, en *Anuario de Derecho Civil*, fascículo 1, pp. 241 a 263.

- - *La responsabilidad civil del naviero por abordaje*, 2001.

María Isabel MARTÍNEZ JIMÉNEZ (1993), “El abordaje por culpa común y la responsabilidad por los daños a la carga”, en *Anuario de Derecho Marítimo* X.

Rafael MATILLA ALEGRE (1995), *El naviero y sus auxiliares. El buque*.

Fernando PANTALEÓN (1995), “Concurso de pretensiones”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, p. 1370.

José Luis PULIDO BEGINES (2003), *Las averías y los accidentes de la navegación marítima y aérea*.

José María RUIZ SOROA y José Manuel MARTÍN OSANTE (2006), *Manual de Derecho de Accidentes de la Navegación*.

Fernando SÁNCHEZ CALERO (2004), Fernando. *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. II.

José Luis ZAMORA MANZANO (2000), *Averías y accidentes en el Derecho marítimo romano*.

Sección Especial para la Reforma del Derecho de la Navegación. *MEMORIA de la Propuesta de Anteproyecto de la Ley General de la Navegación Marítima*. Disponible en sitio <http://www.derechomaritimo.info/ALGNM.htm>.

Libro del Consulado del Mar. Traducción de Juan Ramón PARELLADA, 1955.